

TE Lvwg Erkenntnis 2020/7/2 LVwG 33.13-605/2020

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 02.07.2020

Entscheidungsdatum

02.07.2020

Index

66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz

Norm

ASVG §35 Abs1

ASVG §539a Abs1

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Steiermark hat durch die Richterin Dr. Lehofer-Pfiffner über die Beschwerde des Herrn A B, geb. am xx, Kstraße, G, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Graz vom 17.02.2020, GZ: 1028472019/0003,

z u R e c h t e r k a n n t:

I. Gemäß § 50 Abs 1 iVm § 28 Abs 1 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (im Folgenden VwGVG) wird die Beschwerde mit folgenden Maßgaben als unbegründet

a b g e w i e s e n:

Der Spruch wird neu gefasst und gleichzeitig eingeschränkt und die verletzte Rechtsvorschrift wie folgt präzisiert:

„A B, geboren am xx, hat als Betreiber des Gastgewerbes am Standort Ad, G, und somit als Dienstgeber zu verantworten, dass C D, geboren am xx, bei der es sich aufgrund ihrer geringfügigen Beschäftigung um eine nach § 7 Z 3 lit. a ASVG (in der Unfallversicherung teilversicherte) pflichtversicherte Person gehandelt hat, am 30.04.2019 beschäftigt wurde, ohne dass vor ihrem Arbeitsantritt eine Anmeldung zur Pflichtversicherung als geringfügig Beschäftigte bei der Steiermärkischen Gebietskrankenkasse erfolgt ist.“

Die verletzte Rechtsvorschrift lautet: § 33 Abs 1 i.V.m. Abs 2 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz (im Folgenden VwGG) eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis vom 17.02.2020 wurde dem Beschwerdeführer als Dienstgeber im Sinn des § 35 Abs 1 ASVG mit Wohnsitz in G, Kstraße, zur Last gelegt, er habe C D am 30.04.2019 als Kellnerin im Lokal Ad in G

beschäftigt, ohne sie vor deren Arbeitsantritt als der Vollversicherungspflicht unterliegende Dienstnehmerin zur Sozialversicherung anzumelden.

Wegen Verletzung von § 111 Abs 1 Z 1 iVm § 33 Abs 1 iVm § 33 Abs 1a Z 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG wurde gemäß § 111 Abs 2 ASVG eine Geldstrafe von € 730,00 und für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von vier Tagen verhängt.

In der rechtzeitig erhobenen Beschwerde wurde vorerst – offenbar in Verkennung, dass es sich gegenständlich nicht um das bei der Österreichischen Gesundheitskasse anhängige Beitragszuschlagsverfahren handelt, sondern um ein Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Graz – Folgendes eingewandt: Er erhebe Einspruch gegen die Strafverfügung und beantrage Akteneinsicht. Er habe von der Post keine Benachrichtigung erhalten. Es sei unrichtig, dass er keine Rechtfertigung abgegeben habe. Richtig sei, dass er auf das Schreiben der Gebietskrankenkasse geantwortet habe.

Nach Aufforderung des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark, seine Beschwerde zu präzisieren, führte er Folgendes aus: An der Adresse Ad würden sich ein Café und der gemeinnützige Freizeitclub E befinden. Das Café sei nur geöffnet, wenn er persönlich anwesend sei. Er könne nicht erkennen, wer kontrolliert wurde, da das Café geschlossen und er nicht anwesend gewesen und auch nicht erschienen sei, er sei zu diesem Zeitpunkt nicht in G gewesen. Mit einer Vereinbarung aus 2015 habe der Freizeitclub für seine Mitglieder zu sorgen bzw. sie zu bedienen, und zwar ausschließlich mit den Getränken des Cafés, und mit ihm zu verrechnen. Dafür würden die Clubmitglieder alkoholfreie Getränke, Bier und Wein um € 0,50 günstiger erhalten. Die Versteuerung erfolge durch ihn. C D sei zu diesem Zeitpunkt Clubmitglied gewesen und habe die Betreuung ehrenamtlich durchgeführt, wie dies alle dafür vorgesehenen Personen machen würden. Wer gerade diese Aufgabe mache, entziehe sich seinem Einflussbereich. Hinsichtlich seines aggressiven Verhaltens möchte der er festhalten, dass die Finanzpolizei ohne sein Dabeisein sämtliche Schränke durchwühlt habe und nicht habe sagen können, wer kontrolliert worden sei. Bis dato seien insgesamt 22 anonyme Anzeigen bei diversen Behörden getätigt worden. Für ihn bedeute das zur Verfügung stellen der Räumlichkeiten ein soziales Engagement, um für die Leute in der Umgebung einen Treffpunkt zum Reden und gegenseitigen Helfen zu ermöglichen. Deshalb könne er auch keine Anmeldung durchführen. Der Finanzpolizei sei das aus den vorangegangenen Kontrollen bekannt.

Am 05.06.2020 fand eine Verhandlung statt, zu der der Beschwerdeführer ordnungsgemäß geladen wurde. Er erschien mit einer rund einstündigen Verspätung. An der Verhandlung nahm ein Vertreter der mitbeteiligten Partei, Finanzpolizei für das Finanzamt Graz-Stadt, teil. Der Beschwerdeführer wurde als Partei gehört, als Zeugen wurden die Kontrollorgane F G und H I sowie C D und J K vernommen.

Sachverhalt

Der Beschwerdeführer betreibt in G, Ad, seit 01.02.2015 ein Kaffeehaus. Er ist seit dieser Zeit Inhaber einer Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe in der Betriebsart „Café“ und seit 15.04.2016 im Besitz der Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe in der Betriebsart Bar.

Seit 04.02.2020 ist er weiters Inhaber der Gewerbeberechtigung „Hausbetreuung, bestehend in der Durchführung einfacher Reinigungstätigkeiten einschließlich objektbezogener einfacher Wartungstätigkeiten“ am selben Standort. In den Jahren 2012 bis 2014 war er Inhaber der Gewerbeberechtigung „Stuckateur und Trockenausbauer (Handwerk), eingeschränkt auf den Trockenausbau“.

Beim Lokal Ad handelt es sich um ein alleinstehendes Haus von ca. 100 m² Außenfläche. Es verfügt über zwei Gasträume, wobei sich der Thekenbereich im vom Eingang her gesehen ersten Raum befindet, in welchem sich in der Regel die meisten Gäste aufhalten. Im zweiten Raum stehen einige Tische, ein sogenannter „Funwechsler“ und ein Dartautomat. Laut Außenbeschriftung nennt sich das Lokal „A & J“. An der Vorderfront sind zwei Werbeschilder einer Biermarke befestigt; unter diesen ist ein weiteres Schild mit der Bezeichnung „Café“ und ein Schild mit der Bezeichnung „KLUB E“ angebracht. Das Lokal ist täglich von 09:00 bis zumindest 22:00 Uhr geöffnet. Es ist weder von außen noch nach dem Eintreten ins Lokal erkennbar, dass diese Öffnungszeiten nur für Mitglieder des „Klub E“ gelten und dass das Lokal für andere Gäste nur dann geöffnet sei, wenn der Beschwerdeführer im Lokal anwesend ist. Auch wenn der Beschwerdeführer nicht anwesend ist, werden Gäste, die in der Mitgliederliste des Vereins nicht aufscheinen, eingelassen und bedient. Es findet auch keine räumliche Trennung statt.

Zwischen dem Beschwerdeführer als Betreiber des Lokals und dem am 02.02.2015 im Vereinsregister eingetragenen Verein mit dem Namen „Freizeitclub E“ wurde am 15.11.2015 folgende Vereinbarung über die Lokalnutzung abgeschlossen (Rechtschreibfehler im Original):

„:der Freizeitclub darf die Lokalräumlichkeiten für die Clubaktivitäten und Mietgliedertreffen nutzen,
7 Tage in der Woche von 6.00 Uhr bis 3.00 Uhr

: der Freizeitclub erhält die Zugangsschlüssel.

:Nur die Vorstandsmitglieder dürfen die Schlüsselgewalt ausüben, jedoch nicht weitergeben.

:Das betreten der Nebenräume (zB Lager) ist nur dem arbeitenden Vorstand gestattet.

:Der Freizeitclub ist bzw für die tägliche Reinigung und die Dekoration (Ostern, Fasching, Weihnachten)verantwortlich und hat dies auf seine Kosten durchzuführen.

:Die Bewirtung der Mitglieder hat ausschließlich über die Waren des Lokals zu erfolgen.

:Das Mitbringen von Waren und Getränken darf nur mit Zustimmung des Lokalbetreibers und nur vom Obmann des Freizeitclubs erfolgen.

:Dafür erhält der Freizeitclub auf Bier, Wein, Alkoholfrei einen Preisnachlass von € 0,50 auf die aktuelle Preisliste für jede Konsumation.

:Die Ausfolgung und Bezahlung/Abrechnung der Getränke hat nur über den Vorstand des Freizeitclub zu erfolgen.

:Minderst ein Mitglied des Vorstandes muss täglich die ganze Zeit anwesend sein. 7 Tage in der Woche.

:Mindestöffnungszeiten 9.00 bis 22.00 Uhr.

:Der Freizeitclub hat unaufgefordert jedes Monat die aktuelle Mitgliederliste bis 10. Dem Lokalbetreiber zu übergeben.

:Clubveranstaltungen sind mit den Lokalbetreiber abzustimmen.

:Die Vereinbarung gilt bis auf schriftlichen Widerruf einer der beiden Parteien.

:Der Lokalbetreiber behält sich das Recht vor einzelne Vorstandsmitglieder nicht zu akzeptieren.

:Anordnungen des Lokalbetreibers sind sofort zu befolgen.

:Das Hausrecht bleibt beim Lokalbetreiber. Einzelne Abgabe ist zulässig.

:Der Freizeitclub hat darauf zu achten, daß die allgemeinen Anstandsregeln befolgt werden.

:Der Freizeit Club hat für seine benötigten rechtlichen Nachweise und Einhaltung zu sorgen.

:Der Freizeit Club hat für Beschädigungen durch seine Mitglieder aufzukommen und diese sofort zu beseitigen.

:Der Freizeitclub haftet für die ausgehändigten Schlüssel und den Missbrauch in jeder Form(Verlust, Weitergabe, Unbefugtes betreten mit Schlüssel uvm.)

:Beendet der Lokalbetreiber sein Mietverhältnis endet diese Vereinbarung automatisch.

:Änderungen bedürfen der Schriftform.

:Dem Freizeitclub entsteht in keiner Weise ein Anspruch auf Entschädigung oder Schadensersatzanspruch in irgendeiner Form.

:Der Freizeitclub hält den Lokalbetreiber immer Schad und Klaglos.“

Der „Freizeitclub E“ hat seinen Sitz an der Adresse des Lokals in G, Ad. Für die Funktionsperiode 27.11.2018 bis 26.11.2023 scheinen folgende organschaftliche Vertreter im Vereinsregister auf: Obfrau J K, Schriftführerin L M, Kassier Ing. N O und Kassier-Stellvertreterin P Q. Die Vorstandsorgane in den ersten Jahren nach Vereinsgründung waren: Obfrau J K (seit 15.12.2014), Obfrau-Stellvertreterin R S (15.12.2014 bis 26.11.2018), Schriftführer T U (15.12.2014 bis 09.02.2016), Schriftführer-Stellvertreter V W 15.12.2014 bis 26.11.2018), Kassier X Y (15.12.2014 bis 26.11.2018), Kassier-Stellvertreter Z Aa 15.12.2014 bis 11.11.2015).

Die Statuten des Vereins lauten auszugsweise wie folgt:

§ 2: Zweck:

(1) Die Tätigkeiten des Vereins sind nicht gewinnorientiert und verfolgen ausschließlich gemeinnützige und caritativ-mildtätige Zwecke im Sinne der Bundesabgabenordnung. Zum Vereinszweck gehören insbesondere folgende Aktivitäten:

- Förderung eines generationsübergreifenden Zusammenlebens in Gemeinschaft;
- Unterstützung von Alleinerzieherinnen und kinderreichen Familien sowie Menschen in sozial schwierigen Lebenssituationen;
- Die individuelle oder generelle Hilfe für Menschen welche aufgrund ihres körperlichen, sozialen, geistigen oder seelischen Zustandes auf Hilfe angewiesen sind.
- Unterstützung bei der Aufbringung von Mietkautionen, Affiliate-Programmen und kleineren Startups, Überbrückungshilfe bzw. Kostenübernahme bei Tierarztrechnungen, Studienzuschüsse, Hilfe für Kleingewerbetreibende nach einer Insolvenz, Alleinerziehende und Mindestrentenbezieher;
- psychosoziale Unterstützung von Menschen in schwierigen Lebenslagen;
- Förderung zu Kommunikation durch Spiele, Literatur, Kochen, Grillen usw.;
- Sparverein“

§ 3: Mittel zur Erreichung des Vereinszwecks

(1) Der Vereinszweck soll durch die in den Abs 2 und 3 angeführten ideellen und materiellen Mittel erreicht werden.

Als ideelle Mittel dienen

- a) Versammlungen, Vorträge, Lesungen, Konzerte, Ausstellungen usw.
- b) Gesellige Zusammenkünfte
- c) Veranstaltung vom Bauernmärkten
- d) Veranstaltung von Flohmärkten

(2) die erforderlichen materiellen Mittel sollen aufgebracht werden durch

- a) Beitrittsgebühren (sofern beschlossen) und Mitgliedsbeiträge
- b) Sammlungen, Spenden, Subventionen, Sponsoren, Kostenersätze, Förderungen, Erlöse aus Veranstaltungen“

§ 4: Arten der Mitgliedschaft

(1) die Mitglieder des Vereins gliedern sich in ordentliche, außerordentliche und Ehrenmitglieder.

(2) Ordentliche Mitglieder sind jene, die sich voll an der Vereinsarbeit beteiligen. Außerordentliche Mitglieder sind solche, die die Vereinstätigkeit vor allem durch Zahlung eines erhöhten Mitgliedsbeitrags fördern. Ehrenmitglieder sind Personen, die hierzu wegen besonderer Verdienste um den Verein ernannt werden

§ 5: Erwerb der Mitgliedschaft

(1) ..

(2) über die Aufnahme von ordentlichen und außerordentlichen Mitgliedern entscheidet der Vorstand. ...

.....

§ 8: Vereinsorgane

(1) Organe des Vereins sind die Generalversammlung (§ § 9 und 10), der Vorstand (§ § 11-13), die Rechnungsprüfer (§ 14) und das Schiedsgericht (§ 15).

§ 9: Generalversammlung

(1) die Generalversammlung ist die „Mitgliederversammlung“ im Sinne des Vereinsgesetzes 2002. Eine ordentliche Generalversammlung findet 5 Jahre statt.

(2)

.....

§ 10: Aufgaben der Generalversammlung

der Generalversammlung sind folgende Aufgaben vorbehalten:

- a)
- b)
- c) Wahl und Enthebung der Mitglieder des Vorstands und der Rechnungsprüfer

.....

§ 11: Vorstand

- (1) der Vorstand besteht aus 6 Mitgliedern, ...
- (2) Der Vorstand wird von der Generalversammlung gewählt. ...
- (3) Die Funktionsperiode des Vorstands beträgt fünf Jahre; Wiederwahl ist möglich. ...

.....

§ 12: Aufgaben des Vorstands

..... In seinen Wirkungsbereich fallen insbesondere folgende Angelegenheiten:

...

- (6) Aufnahme und Ausschluss von ordentlichen und außerordentlichen Vereinsmitgliedern
- (7) Aufnahme und Kündigung von Angestellten des Vereins.

Entgegen den Statuten werden die Mitglieder nicht mittels Vorstandsbeschluss aufgenommen. Es erfolgt lediglich eine Eintragung in eine „Mitgliederliste“. Auf diesem Formular wird eine fortlaufende Mitgliedsnummer vergeben, weiters sind Eintragungsfelder für das Eintritts- und Austrittsdatum, den Vor- und Familiennamen, die Wohn- und eine allfällige E-Mail-Adresse, das Geburtsdatum und die Telefonnummer vorgesehen. In den überwiegenden Fällen ist kein Eintrittsdatum vermerkt. Die Obfrau J K ist mit der Mitgliedsnummer xx, der Beschwerdeführer A B ist mit Mitgliedsnummer xy in der Liste eingetragen. Der monatliche Mitgliedsbeitrag beträgt € 10,00. Darüber hinaus hat der Verein keine weiteren Einnahmen.

Das Kaffeehaus dient seit der Vereinsgründung, die etwa gleichzeitig mit der Übernahme des Lokals durch den Beschwerdeführer erfolgt ist, als „Vereinslokal“. Die Mitgliederliste liegt im Lokal auf. Der Beschwerdeführer bezeichnet gegenüber den Behörden den hinteren zweiten Raum als Clubraum; der erste Raum sei der Gastraum für die übrigen Gäste. Tatsächlich halten sich jene Personen, die in der Mitgliederliste des Vereins aufscheinen, überwiegend im ersten Raum gemeinsam mit Nichtvereinsmitgliedern auf.

Der Beschwerdeführer hat dem Verein Mindestöffnungszeiten von 09:00 bis 22:00 Uhr vorgegeben, damit das Lokal regelmäßig geöffnet ist und ein entsprechender Umsatz gemacht wird.

Der gesamte Wareneinkauf und die Buchhaltung werden vom Beschwerdeführer erledigt. Im Lokal dürfen ausschließlich Getränke ausgeschenkt werden, die vom Beschwerdeführer eingekauft werden. Seitens des Vereins werden die im Lokal mit der Konsumation der Mitglieder gemachten Umsätze zur Gänze dem Beschwerdeführer überwiesen. Der Verein ist neben der Bedienung der „Vereinsmitglieder“ auch für sämtliche Reinigungsarbeiten und die Gestaltung der Dekoration des Lokals aus Anlass von Fasching, Ostern oder Weihnachten zuständig.

Der Beschwerdeführer hat ein Mitspracherecht bei den Personen, die die Kellnertätigkeit durchführen, da diesen in der Regel der Schlüssel zum Lokal übergeben wird. Während ihrer bis 22.07.2019 andauernden jahrelangen Arbeitslosigkeit war die Obfrau des Vereins J K selbst häufig als Kellnerin eingesetzt, weiters wird diese Tätigkeit regelmäßig von der Schriftführerin L M (Mitgliedsnummer xx) ausgeübt und von anderen Personen, die in der Regel zumindest auf der Mitgliederliste eingetragen sind, wie beispielsweise Ba Ca (Mitgliedsnummer xx).

Der Beschwerdeführer hat das Schankpersonal angewiesen, dass alle Getränke, die ausgegeben werden, zu bonieren sind und dass auch Vereinsmitglieder und das eingeteilte Schankpersonal keine mitgebrachten Getränke konsumieren dürfen. Die als Vereinsmitglieder in der Mitgliederliste aufscheinenden Personen erhalten die Getränke um € 0,50 billiger als andere Gäste. Bei der Bonierung der Getränke in der Kasse wird zwischen der vergünstigten Konsumation

von „Vereinsmitgliedern“ und „sonstigen Gästen“ durch Beifügung des Buchstaben „C“ (für: „Club“) unterschieden. Die Kellnerinnen arbeiten in Schichten von 09:00 Uhr bis 15:00 Uhr bzw. 15:00 Uhr bis 22:00 Uhr. Die Abrechnung erfolgt zweimal täglich, jeweils nach Schichtende des eingeteilten Personals. Das vom Verein abgerechnete Geld wird auf das Firmenkonto des Beschwerdeführers überwiesen.

Zumindest an einigen Tagen im April und Anfang Mai 2019, jedenfalls am 30.04.2019, war C D als Kellnerin im Lokal tätig. C D war von 15.02.2019 bis 24.05.2019 als Kellnerin im Restaurant „Da“ beschäftigt. Dort wurde sie von A B und J K, die regelmäßig zum Mittagessen in dieses Lokal gekommen sind, angesprochen, ob sie jemanden kennen würde, der ein bisschen Geld verdienen möchte um in ihrem Verein auszuhelfen bzw. ob sie selbst aushelfen möchte. Der Beschwerdeführer übergab ihr eine Visitenkarte. C D war grundsätzlich daran interessiert, ein bisschen dazu zu verdienen, wollte jedoch aus steuerlichen Überlegungen nicht angemeldet werden. Der Beschwerdeführer sagte ihr, dass dies ohnedies nicht erforderlich sei, da die Beschäftigung im Rahmen eines Vereins erfolgen sollte. Als Bezahlung wurde zwischen ihr und dem Beschwerdeführer ein Fixbetrag von € 10,00 oder € 15,00 und zuzüglich eine Umsatzbeteiligung vereinbart, das Trinkgeld sollte sie ebenfalls behalten können. Es wurde vereinbart, dass sie zwei- bis dreimal pro Woche aushelfen sollte, wobei die Termine, wann genau sie arbeiten sollte, zwischen C D und J K vereinbart wurden, nachdem C D ihr bekannt gab, wann sie neben ihrer beruflichen Haupttätigkeit dafür Zeit hätte. Gezeigt, wo was im Lokal zu finden war und wie grundsätzlich der Ablauf war, wurde ihr sowohl vom Beschwerdeführer als auch von J K. Insgesamt übernahm C D ca. drei Wochen lang jeweils zwei- oder dreimal pro Woche – wenn sie im Da Spätdienst hatte – die Vormittagsschichten im Lokal des Beschwerdeführers, wobei sie jeweils von 09:00 Uhr bis mindestens 13:00 Uhr/längstens 15:00 Uhr gearbeitet hat. Während ihrer dortigen Beschäftigung war in der Regel J K anwesend, jedenfalls hat sie das Lokal aufgesperrt, da der Beschwerdeführer nicht immer vor Ort war. J K informierte C D, dass die Vereinsmitglieder einen monatlichen Beitrag zahlen und bei den Getränken eigene Preise haben. Die Vereinsmitglieder würden bei der Bestellung bzw. vor der Bezahlung sagen, dass sie Vereinsmitglieder seien und sie müsse das dann in der Kasse anders bonieren. C D bediente auch Gäste, die nicht in der Mitgliederliste eingetragen waren. Es gab weder von J K noch vom Beschwerdeführer eine Anweisung, dass sie dies nicht tun dürfe. Er wurde ihr nicht gesagt, dass es eine räumliche Trennung zwischen Vereinsmitgliedern und Nichtmitgliedern geben würde. Die Gäste haben sich an jenen Tagen, in denen sie dort gearbeitet hat, im ersten Gastraum aufgehalten, lediglich einmal befand sich eine Person im zweiten Raum. Nach Schichtende rechnete sie ab und entnahm den ihr zustehenden Lohn; den Zettel mit den Aufzeichnungen über den Umsatz und der Auflistung betreffend das in den Kaffeeautomaten geworfene Geld sowie das restliche Geld übergab sie J K oder dem Beschwerdeführer; wenn keiner der beiden anwesend war, hinterließ sie die Abrechnungsunterlage und das restliche Geld in einem Kuvert in einer Lade. C D beabsichtigte nicht, Vereinsmitglied zu werden. Sie sah ihre Tätigkeit in diesem Lokal als rein berufliche Angelegenheit, um eine Kleinigkeit dazu zu verdienen und hatte keinerlei privates Interesse am Verein bzw. daran, sich in ihrer Freizeit im Lokal aufzuhalten.

Die sozialen Aktivitäten des „Freizeitclubs E“ umfassten seit Bestehen bis heute das Organisieren eines Ausflugs einmal pro Jahr. Nur in zwei konkreten Fällen wurde eine finanzielle Unterstützung ausbezahlt, in einem Fall € 100,00 an eine an Muskelschwäche leidende Person und im zweiten Fall wurde jemand, der Probleme mit Miete und Strom hatte, bei Behördengängen unterstützt und hat € 200,00 erhalten; für letzteren Fall gibt es keinen Vorstandsbeschluss. Ansonsten werden laut Obfrau J K kurzfristige rückzahlbare Überbrückungshilfen ohne Vorstandsbeschluss und ohne weitere Protokollierung gewährt. Es gibt keine Richtlinien für die Förderung bedürftiger Personen durch den Verein. Einmal jährlich wird seitens des Vereinsvorstands ein Grillfest organisiert. Für das am 30.04.2019 stattfindende Grillfest wurde mittels eines Werbeposters vor dem Lokal als „Café A & J“ dafür öffentlich Werbung gemacht.

Aufgrund zahlreicher Anzeigen gibt es im Lokal regelmäßig Kontrollen der Finanzpolizei. Am 30.04.2019 mit Beginn um 09:50 Uhr fand aufgrund einer Mitteilung des AMS, wonach angezeigt worden war, dass die zur damaligen Zeit und zumindest seit dem Jahr 2015 als arbeitslos gemeldete und Notstandhilfe beziehende J K im Lokal des Beschwerdeführers als Kellnerin arbeiten würde, eine Kontrolle statt. Beim Betreten des Lokals wurden im ersten Gastraum zwei männliche und zwei weibliche Gäste sowie C D angetroffen, die sich als für das Lokal verantwortliche Kellnerin zu erkennen gab. Später kam eine weitere Person hinzu, die sich zuvor auf dem Dach des Gebäudes befunden hatte. Von den insgesamt fünf Gästen schienen vier in der Mitgliederliste des Vereins auf. Der Gast Ea Fa, der sich gemeinsam mit den übrigen Gästen im ersten Gastraum aufgehalten hat und auch schon einige Male davor das Lokal besucht hatte, war ebenso wie die Kellnerin C D nicht in der Liste eingetragen, in der zum Zeitpunkt der Kontrolle

als letzte Mitgliedsnummer 107 ausgewiesen war. Die Kontrollorgane fotografierten die offen im Thekenbereich aufliegenden Unterlagen wie diverse Listen, Aufzeichnungen, Kalendereintragen und Konsumationsbelege. Während der Kontrolle kamen der Beschwerdeführer und J K durch den hinteren Eingang ins Lokal. C D wurde von J K aufgefordert, rasch den Mitgliedsbeitrag für den Verein von € 10,00 einzuzahlen. In der Folge wurde sie als Mitglied Nummer 108 mit Beitrittsdatum 30.04.2019 in der Liste geführt.

Aus Anlass der verfahrensgegenständlichen Kontrolle wurde bei der Österreichischen Gesundheitskasse ein Beitragszuschlagsverfahren gegen den Beschwerdeführer wegen der Beschäftigung von C D eingeleitet. Aufgrund einer Stellungnahme vom 09.12.2019, wonach zwischen ihm und C D kein Dienstverhältnis vorgelegen sei, sondern sie ehrenamtlich für den gemeinnützigen „Freizeitclub E“ im Einsatz gewesen sei, wurde C D am 14.02.2020 vor der Österreichischen Gesundheitskasse niederschriftlich vernommen. Ein Bescheid wurde bislang noch nicht erlassen.

Beweiswürdigung

Die grundlegenden Feststellungen zum Lokal des Beschwerdeführers hinsichtlich der Räumlichkeiten und Einrichtung und seinen Gewerbeberechtigungen beruhen auf Aussagen des Beschwerdeführers und der einvernommenen Zeugen in der Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht sowie auf den Auszügen aus dem Gewerberegister und den anlässlich der Kontrolle von den Organen der Finanzpolizei aufgenommenen Fotos, die dem Strafantrag beigelegt waren. Die Vereinbarung zwischen dem Beschwerdeführer und dem „Freizeitclub E“ hat der Beschwerdeführer vorgelegt, die Statuten des Vereins sind als Beilage zum Strafantrag im behördlichen Akt enthalten. Die allgemeinen Daten betreffend den Verein „Freizeitclub E“ beruhen auf dem beigelegten historischen und aktuellen Vereinsregisterauszug und den Angaben der Obfrau und als Zeugin vernommenen J K. Dass die Aufnahme der Mitglieder entgegen den Statuten nicht mittels Vorstandsbeschluss, sondern lediglich durch eine Eintragung in eine Liste erfolgt, ergibt sich aus den Aussagen des Beschwerdeführers und der Zeugin J K in Verbindung mit der anlässlich der Kontrolle der Finanzpolizei am 30.04.2019 auszugsweise kopierten Mitgliederliste und der vom Beschwerdeführer in der Verhandlung vollständig vorgelegten Liste. Dass der Verein mit Ausnahme der monatlichen Mitgliedsbeiträge von € 10,00 keine weiteren Einnahmen hat, und sämtliche Umsätze aus dem Vereinslokal an den Beschwerdeführer überwiesen werden, hat J K ausgesagt. Dass das vom Freizeitclub abgerechnete Geld auf das Firmenkonto des Beschwerdeführers überwiesen wird, hat der Beschwerdeführer in der Niederschrift bei der Finanzpolizei am 02.05.2019 angegeben.

Ob tatsächlich seit der Vereinsgründung keine Generalversammlung stattgefunden hat, wie die Vereinsobfrau J K in der Verhandlung ausgesagt hat, wurde nicht als erwiesen festgestellt, da nicht vorstellbar ist, dass derart statutenwidrig gehandelt wurde und der im November 2018 der Vereinsbehörde gemeldete neue Vorstand ohne ordnungsgemäße Wahl in der Generalversammlung bestellt wurde.

Aus den Aussagen des Beschwerdeführers, dem Gewerberegisterauszug und dem Vereinsregisterauszug zeigt sich, dass die Vereinsgründung etwa zeitgleich mit der Übernahme des Lokals durch den Beschwerdeführer erfolgte.

Dass der gesamte Wareneinkauf und die Buchhaltung vom Beschwerdeführer erledigt werden, im Lokal auch an „Clubmitglieder“ ausschließlich Getränke ausgeschenkt werden dürfen, die vom Beschwerdeführer eingekauft wurden und der gesamte Umsatz im Lokal ausschließlich ihm zugutekommt, haben er selbst und die Zeugin J K ausgesagt und ergibt sich auch aus der schriftlichen Vereinbarung zwischen ihm und dem Verein. Auf seinen Aussagen beruht weiters, dass der Verein für die Bedienung der „Mitglieder“, die Reinigung des gesamten Lokals und die Dekoration zu bestimmten Anlässen und dafür zu sorgen hat, dass das Lokal mindestens zwischen 09:00 Uhr und 22:00 Uhr geöffnet hat, damit ein entsprechend der Umsatz gewährleistet ist. Er hat weiters ausgesagt, dass er sich ein Mitspracherecht bei den Personen ausbedungen hat, die die Kellnertätigkeit durchführen (Verhandlungsschrift Seite 7). Auch wenn dies zu seinen eigenen Aussagen etwas später in der Verhandlung in Widerspruch steht, wonach es für ihn irrelevant sei, wer für den Verein bediene (Verhandlungsschrift Seite 9), wird der ersten Aussage gefolgt, zumal sich aus dieser auch ergibt, dass nicht jeder den Schlüssel für sein Lokal erhalten solle. Dass das Schankpersonal in Schichten von 09:00 Uhr bis 15:00 Uhr bzw. von 15:00 Uhr bis 22:00 Uhr arbeitet, haben sowohl der Beschwerdeführer als auch die Zeugin J K ausgesagt. Dass als Kellnerinnen in der Regel Personen eingeteilt werden, die auch als Vorstandsmitglieder im Verein aufscheinen oder zumindest in der Mitgliederliste eingetragen sind, beruht ebenfalls auf beider Aussagen. Die getrennte Bonierung von um € 0,50 vergünstigten Preisen für Vereinsmitglieder von der Bonierung von Getränken sonstiger Gäste ergibt sich aus den Aussagen des Beschwerdeführers und der Zeuginnen J K und C D.

Nicht geglaubt wird den Aussagen des Beschwerdeführers, dass das Kaffeehaus als sein gewerblicher Betrieb nur dann geöffnet habe, wenn er persönlich im Lokal anwesend ist. Aus den glaubwürdigen Aussagen der als Zeugen vernommenen Kontrollorgane F G und H I ergibt sich, dass weder von außen noch nach dem Eintreten erkennbar war, dass ein Teil des Lokals ausschließlich Vereinsmitgliedern und ein anderer allen anderen Gästen vorbehalten gewesen wäre. Zu Beginn der Kontrolle war der Beschwerdeführer nicht im Lokal anwesend. Aus der Aussage der Zeugin C D zeigt sich, dass von ihr auch Gäste bedient wurden, die nicht auf der Mitgliederliste aufscheinen und sie auch keine diesbezüglichen Verbote hatte. Sowohl der Beschwerdeführer als auch die Zeugin J K brachten in diesem Zusammenhang das Konstrukt einer „Tagesmitgliedschaft“ ins Spiel. Eine solche würde bedeuten, dass ein Nichtmitglied „Tagesmitglied“ werden könne, um zum vergünstigten Preis Getränke zu konsumieren; für diesen Tag müsse kein Vereinsbeitrag bezahlt werden. Die „Tagesmitgliedschaft“ könne nur einmalig in Anspruch genommen werden, in der Folge müsse ein Gast, der von der vergünstigten Konsumation profitieren wolle, ordentliches Mitglied werden. Wie Derartiges bei wechselnden Kellnerinnen kontrolliert werden könnte, konnte vom Beschwerdeführer nicht nachvollziehbar beantwortet werden. Dass eine solche „Tagesmitgliedschaft“ auch in den Statuten nicht vorgesehen ist, war offenbar weder für den Beschwerdeführer noch für die Vereinsobfrau J K ein Hindernis, die Möglichkeit einer solchen zu behaupten.

Dass sich die überwiegende Mehrheit der Gäste – unabhängig davon ob diese auf der Mitgliederliste des Vereins aufscheinen oder nicht – gemeinsam im ersten Gastraum aufhalten, beruht auf den Aussagen der als Zeugen vernommenen Kontrollorgane F G und H I und jenen der Zeuginnen C D und J K und wurde auch vom Beschwerdeführer bestätigt. Die Behauptung des Beschwerdeführers, dass der bei der Kontrolle angetroffene Ea Fa sehr wohl Vereinsmitglied gewesen sei, erweist sich aufgrund der Mitgliederliste als unrichtig; auch J K bestätigte, dass zum Kontrollzeitpunkt noch keine Mitgliedschaft vorgelegen ist. Dass er – laut Aussage von J K – „mittlerweile“ Mitglied geworden sei, lässt sich anhand der in der Verhandlung vorgelegten aktuellen Mitgliederliste nicht verifizieren; die letzte Eintragung in dieser Liste mit der Mitgliedsnummer 127 stammt vom 29.05.2020. Zum Vorbringen in der Beschwerdeergänzung, dass die Kellnerin C D Vereinsmitglied gewesen sei, wozu er einen Auszug aus der Mitgliederliste vorlegte, auf der C D als Mitgliedsnummer 108 mit Beitritt am 30.04.2019 aufscheint, ist darauf hinzuweisen, dass diese einerseits auf der von den Kontrollorganen am Beginn der Kontrolle fotografierten Liste noch nicht aufscheint und andererseits unbestrittenmaßen ihr „Beitritt“ durch Einzahlung des Mitgliedsbeitrags erst während der Kontrolle auf entsprechende Aufforderung durch J K erfolgte. Glaubwürdig hat C D angegeben, dass von ihrer Seite nie die Absicht bestanden hat, Mitglied des Vereins werden zu wollen.

Wie es dazu gekommen ist, dass C D im Lokal als Kellnerin beschäftigt wurde, beruht auf den diesbezüglich im Wesentlichen übereinstimmenden Aussagen des Beschwerdeführers und der Zeugin C D. Die Feststellung zur Bezahlung, wonach zwischen C D und dem Beschwerdeführer ein Fixbetrag – ob es sich um € 10,00 oder € 15,00 pro Schicht gehandelt hat, konnte C D nicht mehr sagen – und eine Umsatzbeteiligung vereinbart wurde, weiters dass sie das Trinkgeld behalten konnte, beruht auf der nachvollziehbaren und glaubwürdigen Aussage der Zeugin C D. Sie hat dies bereits in der Niederschrift bei der Österreichischen Gesundheitskasse am 14.02.2020 so ausgesagt. Sie hat dort auch angegeben, das Geld vom Beschwerdeführer bekommen zu haben. Wenn sie demgegenüber in der Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht ausgesagt hat, nach Schichtende abgerechnet und sich den Lohn selbst errechnet und ausbezahlt zu haben, so stehen diese beiden Aussagen nicht miteinander in Widerspruch, da sie die Entlohnung ja mit ihm vereinbart hatte und daher davon ausgehen konnte, dass es sich um Geld des Beschwerdeführers handelt. Dazu passt, dass die Zeugin J K angegeben hat, C D hätte keinen Lohn bekommen und auf Nachfrage angegeben hat, sie hätte C D aus Vereinsgeldern keinen Lohn bezahlen können; sie habe ihr lediglich einmal Taxikosten ersetzt, als ihr Moped kaputt war. Dass die konkrete Schichteinteilung mit J K besprochen wurde, erscheint insofern nachvollziehbar, da im Gegensatz zum Beschwerdeführer J K zur damaligen Zeit regelmäßig vor Ort war und J K ganz offensichtlich auch als Vertretung des Beschwerdeführers in Erscheinung getreten ist. Die Behauptungen des Beschwerdeführers und von J K, dass C D als ehrenamtliche Kellnerin nur auf Trinkgeldbasis tätig war, sind völlig unglaubwürdig. Dass eine junge Frau, die etwas dazu verdienen möchte und keinerlei Bezug zu diesem Verein oder zu einzelnen Personen in diesem Verein hat, ohne Bezahlung zwei- bis dreimal pro Woche halbe Tage lang „ehrenamtlich“ als Kellnerin aushilft, ist in keiner Hinsicht glaubwürdig. Es ist in diesem Zusammenhang überhaupt völlig lebensfremd, den regelmäßigen Verkauf von alkoholischen und nicht alkoholischen Getränken in einem Gastlokal – also eine typische Kellnerinnentätigkeit – als „ehrenamtliche Tätigkeit“ in einem Verein anzusehen. Die Aussagen von J K, dass C D keinen Lohn bekommen habe und generell, dass auch die Vorstandsmitglieder keine Bezahlung für die Kellnerinnentätigkeit

erhalten würden, sondern dies ehrenamtlich erfolge, sind auch unter dem Blickwinkel als unglaubwürdig anzusehen, dass J K selbst jahrelang während des Bezugs von Unterstützungsgeldern aus dem Arbeitsmarktservice die Tätigkeit einer Kellnerin im Lokal ausgeübt hat und es sich daher auch um eine Schutzbehauptung für sich selbst handeln dürfte. Immerhin geht es bei dieser Tätigkeit nicht um ein gelegentliches Ausschänken des einen oder anderen Getränkes, sondern um richtige „Arbeitsschichten“ von 09:00 bis 15:00 Uhr bzw. von 15:00 Uhr bis mindestens 22:00 Uhr in einem täglich geöffneten Lokal, in dem nicht nur Vereinsmitglieder, sondern auch andere Personen als Gäste verkehren. Dass C D trotz grundsätzlicher Schichtdauer von 9:00 Uhr bis 15:00 Uhr gelegentlich nur bis 13:00 Uhr gearbeitet hat, ist insofern nachvollziehbar, als C D bei einem anderen Dienstgeber vollbeschäftigt war und somit möglicherweise nicht immer bis 15:00 Uhr bleiben konnte.

Dass der Kontrolltag nicht – wie vom Beschwerdeführer und der Zeugin J K behauptet – der erste Arbeitstag von C D war und dass vereinbart war, dass sie zwei- bis dreimal pro Woche aushelfen sollte, beruht auf der glaubwürdigen Aussage von C D. Darüber hinaus ist in diesem Zusammenhang auf Folgendes hinzuweisen: In der Verhandlung erwähnte der Beschwerdeführer, dass er C D „Ga“ genannt habe. Auf den von den Finanzbeamten fotografierten Seiten des im Thekenbereich aufgefundenen Stehkalenders ist ersichtlich, dass „Ga“ am Freitag, 19.04.2019 im Kalender eingetragen ist; am 24.04.2019 ist „Ga“ eingetragen, am 26.04.2019, am 30.04.2019 (Kontrolltag), am 02.05.2019 und am 03.05.2019 ist wieder jeweils „Ga“ notiert. Im Zuge der Kontrolle der Finanzpolizei am 30.04.2019 hat zwar auch C D angegeben, an diesem Tag erstmals als Kellnerin in diesem Lokal gearbeitet zu haben. In ihrer Niederschrift vom 14.02.2020 bei der Österreichischen Gesundheitskasse räumte sie allerdings ein, dass dieser Tag nicht ihr erster Arbeitstag dort gewesen sei, sondern dass dies lediglich so abgesprochen worden war. Auch in der Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht am 05.06.2020 sagte sie glaubwürdig und nachvollziehbar aus, dass der Kontrolltag nicht ihr erster Arbeitstag im Lokal des Beschwerdeführers gewesen sei. Ihre Tätigkeit habe ca. drei Wochen vorher begonnen, insgesamt sei sie ca. einen Monat lang zwei bis dreimal pro Woche dort beschäftigt gewesen.

Die Aussagen von C D, dass sie die grundlegenden Anweisungen, wo was zu finden und wie der Ablauf ist etc., sowohl vom Beschwerdeführer als auch von J K erhalten hat, sind glaubwürdig und nachvollziehbar. Dass sie auch Gäste bediente, die nicht in der Mitgliederliste eingetragen waren und dass sie weder vom Beschwerdeführer noch von J K eine Weisung hatte, dies nicht zu tun, sondern lediglich unterschiedliche Bonierungen in der Kasse vornehmen musste, beruht ebenfalls auf ihren glaubwürdigen Aussagen. Völlig glaubwürdig und plausibel sind auch die Aussagen von C D, dass sie keinerlei privates Interesse daran gehabt hat, dem Verein beizutreten, sondern dass es ihr bei dieser Tätigkeit nur darum gegangen sei, „steuerfrei“ etwas dazu zu verdienen. Dass sie während der Kontrolle von J K aufgefordert wurde, den Mitgliedsbeitrag einzuzahlen, beruht auf übereinstimmenden Aussagen von C D, J K und den Kontrollorganen, die diesen Vorgang fotografisch dokumentierten; der Beschwerdeführer hat dies auch nicht bestritten, sondern dazu lediglich ausgeführt, dass dies zuvor offenbar vergessen worden sei.

Die Feststellungen dazu, welche Aktivitäten der Verein in Hinblick auf den statutarischen Vereinszweck seit seinem Bestehen tatsächlich ausgeübt hat, beruhen auf der Aussage der Zeugin J K. Auf Nachfrage gab sie an, dass es keine Richtlinien für die Förderung von bedürftigen Personen durch den Verein gibt, dass die Aufnahme der Vereinsmitglieder entgegen den Statuten ohne Vorstandsbeschluss erfolgt und dass Vorstandssitzungen in der Art stattfinden würden, dass sie sich einmal im Monat zusammensetzen, ohne dass es dafür Protokolle gibt. Insgesamt liegen offenbar für den gesamten Zeitraum des Bestehens des Vereins lediglich drei schriftliche Protokolle über Vorstandssitzungen vor, in denen es um Beschlüsse über Vorstandsfunktionen (!) gegangen ist bzw. eines, in dem die Unterstützung einer an Muskelschwäche leidenden Person mit € 100,00 beschlossen wurde. Dass einmal jährlich seitens des Vereinsvorstands ein Grillfest organisiert wird, beruht ebenfalls auf ihren Angaben. Auf Vorhalt, dass dafür mit einem Plakatständer vor dem Lokal als „Café A & J“ öffentlich Werbung gemacht werde, verwies sie auf die sogenannte „Tagesmitgliedschaft“.

Dass das Lokal bereits wiederholt kontrolliert wurde, beruht auf den Angaben des Beschwerdeführers und der Kontrollorgane. Die Feststellungen zur verfahrens-gegenständlichen Kontrolle am 30.04.2019 beruhen im Wesentlichen auf den Aussagen der als Zeugen vernommenen Kontrollorgane F G und H I und stimmen mit den Aussagen der Zeuginnen C D und J K sowie jener des Beschwerdeführers in den wesentlichen Punkten überein.

Rechtliche Beurteilung

Der Beschwerdeführer bestreitet, dass es sich bei C D, die in dem von ihm betriebenen Kaffeehaus als Kellnerin beschäftigt war, um seine Dienstnehmerin gehandelt hat. Er behauptet, es habe sich um eine ehrenamtliche Tätigkeit eines Vereinsmitgliedes für den Verein „Freizeitclub E“ gehandelt, mit welchem er eine Vereinbarung über die Lokalnutzung abgeschlossen habe.

Gemäß § 33 Abs 1 ASVG in der zur Tatzeit geltenden Fassung haben Dienstgeber jede von ihnen beschäftigte, nach diesem Bundesgesetz in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person (Vollversicherte und Teilversicherte) vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden und binnen sieben Tagen nach dem Ende der Pflichtversicherung abzumelden. Die An(Ab)meldung durch den Dienstgeber wirkt auch für den Bereich der Unfall- und Pensionsversicherung, soweit die beschäftigte Person in diesen Versicherungen pflichtversichert ist. Gemäß Abs 2 gilt Abs 1 für die nur in der Unfall- und Pensionsversicherung sowie für die nur in der Unfallversicherung nach § 7 Z 3 lit. a Pflichtversicherten mit der Maßgabe, dass die Meldungen beim Träger der Krankenversicherung, der beim Bestehen einer Krankenversicherung nach diesem Bundesgesetz für sie sachlich und örtlich zuständig wäre, zu erstatten sind.

Gemäß § 4 Abs 2 ASVG ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Unter einem Beschäftigungsverhältnis iSd § 4 Abs 2 ASVG ist das dienstliche Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit des Dienstnehmers zu dem Dienstgeber iSd § 35 Abs 1 ASVG zu verstehen. Ob jemand in einem Beschäftigungsverhältnis iSd § 4 Abs 2 ASVG steht, ist daher immer in Bezug auf eine bestimmte andere Person, nämlich – vom Fall der Indienstnahme durch Mittelspersonen abgesehen – den Dienstgeber zu prüfen (VwGH 93/08/0025 vom 22.06.1993 u.a.).

Auf Grund der getroffenen Feststellungen ist zunächst als erwiesen anzunehmen, dass es sich bei der Kellnerintätigkeit der von den Kontrollorganen angetroffenen C D auf jeden Fall um eine Tätigkeit in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit im Sinne von § 4 Abs 2 ASVG gehandelt hat, welche geeignet ist, ein Dienstverhältnis zu begründen.

Gemäß § 35 Abs 1 ASVG gilt als Dienstgeber derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit) geführt wird, in dem der Dienstnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist.

Entsprechend der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu § 35 ASVG kommt es bei der Beurteilung der Frage, ob die für eine Betriebsführung auf Rechnung und Gefahr entscheidenden Eigenschaften auf eine Person zutreffen, nicht auf den nach außen in Erscheinung tretenden Sachverhalt, sondern auf die wirklichen rechtlichen Verhältnisse an (VwGH 2005/08/0079 vom 17.05.2006, 2007/08/0339 vom 09.09.2009 u.a.). Für die Dienstgebereigenschaft ist also wesentlich, wer nach rechtlichen (und nicht bloß tatsächlichen Gesichtspunkten) aus den im Betrieb getätigten Geschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, wen also das Risiko des Betriebes im Gesamten unmittelbar trifft. Im Falle der Betriebsführung durch dritte Personen muss ihm zumindest die rechtliche Möglichkeit einer Einflussnahme auf die Betriebsführung zustehen. Da ausschließlich die wirklichen rechtlichen Verhältnisse maßgeblich sind und nicht der nach außen in Erscheinung tretende Sachverhalt, kann demgemäß auch ein indirekt Vertretener Dienstgeber sein (VwGH 2001/08/0130 vom 21.04.2004 u.a.). An der Dienstgebereigenschaft der Person, die das Risiko des Betriebes im Gesamten unmittelbar trifft, ändert es auch nichts, wenn sie den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn an Stelle des Entgeltes ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter verweist oder dadurch, dass ein (mit ihrem Wissen und Willen den Betrieb führender) Dritter bei einzelnen betrieblichen Geschäften, so auch bei der Indienstnahme und Beschäftigung einer Person im Betrieb und für den Betrieb, einschließlich Weisungserteilung und tatsächlicher Entgeltzahlung als „Mittelsperson“, nach außen hin im eigenen Namen auftritt; dabei kommt es nicht darauf an, dass die Indienstnahme „ohne Wissen“ oder gar „gegen den Willen“ des Dienstgebers erfolgt ist (VwGH 2007/04/0240 vom 02.04.2008 u.a.).

Von entscheidender Bedeutung ist in diesem Zusammenhang also, wer wirtschaftlicher Machthaber und somit im Ergebnis auch wirtschaftlicher Nutznießer der gegenständlichen Beschäftigung von C D war.

Gemäß § 539a Abs 1 ASVG ist für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Im gegenständlichen Fall versucht der Beschwerdeführer es so darzustellen, als ob er die Räumlichkeiten seines gewerblichen Kaffeehausbetriebs aus Gründen seines sozialen Engagements einem Verein („Freizeitclub E“) zur Verfügung stellt, welcher den Statuten nach gemeinnützige und karitativ-mildtätige Zwecke verfolgt. Das Lokal soll gemäß den Ausführungen in der Beschwerde dazu dienen, dass die Bewohner in der Umgebung einen Treffpunkt zum Reden und gegenseitigen Helfen haben. Sein gewerbliches Kaffeehaus sei nur dann geöffnet, wenn er vor Ort sei.

Das Verfahren hat gezeigt, dass sich die „karitativ-mildtätigen“ Aktivitäten des Vereins im Wesentlichen auf zwei finanzielle Unterstützungen von Hilfsbedürftigen (€ 100,00 bzw. € 200,00) innerhalb von fünf Jahren beschränken. Die Statuten erscheinen insgesamt nur pro forma erstellt worden zu sein, da beispielsweise auch die Mitgliederaufnahme nicht durch Vorstandsbeschluss, sondern durch ein bloßes Eintragen in einer Liste erfolgt.

Der „Freizeitclub E“ dient scheinbar vordergründig dazu, dass die „Vereinsmitglieder“ im Lokal des Beschwerdeführers zusammenkommen, um dort Getränke zu einem gegenüber anderen Gasthäusern minimal vergünstigten Preis zu trinken. Da allerdings ausschließlich vom Beschwerdeführer beigestellte Getränke konsumiert werden dürfen, der Verein also keinen Ausschank von selbst besorgten Getränken vornehmen darf und es den Vereinsmitgliedern auch nicht erlaubt ist, eigene Getränke mitzubringen, und der gesamte Umsatz dem Beschwerdeführer zugutekommt, kann bei Betrachtung des wahren wirtschaftlichen Gehalts davon ausgegangen werden, dass der eigentliche Zweck des „Freizeitclubs“ darin bestehen dürfte, unter dem Deckmantel eines gemeinnützigen Vereins einerseits dem Beschwerdeführer auf steuerschonende Weise Einnahmen zu verschaffen und andererseits, die Meldebestimmungen des ASVG zu umgehen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Verein sich verpflichten musste, das Lokal täglich von 09:00 Uhr bis mindestens 22:00 Uhr geöffnet zu halten – wobei der Beschwerdeführer ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass der Grund dafür ist, damit genug Umsatz zustande kommt. Die Reinigungsarbeiten und die Dekoration zu bestimmten Anlässen wie Fasching, Ostern oder Weihnachten im Lokal sowie die Kellnertätigkeiten (offiziell nur für Vereinsmitglieder), schichtweise täglich von 09:00 bis 15:00 Uhr bzw. 15:00 Uhr bis 22:00 Uhr, sind „ehrenamtlich“ vom Verein zu erledigen, der Beschwerdeführer hat ein Mitspracherecht, welches „Schankpersonal“ eingesetzt wird. Die Obfrau des Vereins J K hinterließ in der Verhandlung den Eindruck, Entscheidungen in Zusammenhang mit Vereinsangelegenheiten nicht eigenständig, sondern auf Vorschlag oder Anraten des Beschwerdeführers zu treffen. Sicherlich kein Zufall ist auch, dass die Übernahme des Lokals und die Entstehung des Vereins in zeitlicher Hinsicht zusammengefallen sind. Entsprechend der mit dem Verein abgeschlossenen Vereinbarung hat sich der Beschwerdeführer überdies sogar das Recht vorbehalten, einzelne Vorstandsmitglieder nicht zu akzeptieren.

Zur Behauptung des Beschwerdeführers, sein gewerbliches Kaffeehaus sei nur geöffnet, wenn er vor Ort sei, und Kunden, die keine Vereinsmitglieder sind, würden nur von ihm bedient, ist einerseits anzumerken, dass eine solche Konstruktion äußerst lebensfremd ist und andererseits das Beweisverfahren gezeigt hat, dass dies unrichtig ist. Eine derartige Trennung zwischen Vereinslokal und gewerblichem Lokal ist weder von außen noch nach dem Eintreten ins Lokal erkennbar. Es gibt keine Eingangskontrollen, keinen Hinweis auf eine geschlossene Gesellschaft, keinen Hinweis, dass bei Abwesenheit des Beschwerdeführers nur in der Mitgliederliste eingetragene Personen eintreten dürfen und bedient werden. Zum Zeitpunkt der Kontrolle war das Lokal ohne Einschränkung geöffnet und problemlos zugänglich, obwohl der Beschwerdeführer nicht anwesend war. Die Kontrollorgane trafen neben Gästen, die in der Mitgliederliste eingetragen waren, auch einen Gast an, der kein Vereinsmitglied war. Der Kellnerin C D war nicht untersagt worden, „Nichtmitglieder“ zu bedienen. Die in der Verhandlung vom Beschwerdeführer und von J K erwähnte Variante einer sogenannten „Tagesmitgliedschaft“, die überdies auch nicht in den Statuten enthalten ist, deutet darauf hin, dass im Grunde jeder Gast als Vereinsmitglied angesehen werden soll. Die Behauptung des Beschwerdeführers, dass es eine räumliche Trennung zwischen Vereinsmitgliedern und gewerblichen Gästen in der Art gebe, dass den Vereinsmitgliedern der hintere Raum zur Verfügung steht, während die Gäste seines Kaffeehauses sich im vorderen Raum aufhalten, hat er selbst in der Verhandlung relativiert und eingestanden, dass dies in dieser Form nicht so gelebt wird.

Konkret zu C D ist festzuhalten, dass diese bis zum Kontrolltag nicht Vereinsmitglied war und auch nie beabsichtigt hatte, ein solches zu werden. Ihre Tätigkeit als Kellnerin in diesem Lokal entspringt nicht dem Motiv, ehrenamtlich für

diesen Verein arbeiten zu wollen, vielmehr wollte sie etwas dazu verdienen.

Zu ihrer Beschäftigung als Aushilfskellnerin in diesem Kaffeehaus kam sie, weil sie vom Beschwerdeführer und J K darauf angesprochen wurde. Der Beschwerdeführer übergab ihr seine Visitenkarte. Er teilte ihr mit, dass eine Sozialversicherungsanmeldung nicht erforderlich sei, da sie im Rahmen eines Vereins beschäftigt werden würde. Die Höhe der Bezahlung vereinbarte sie mit dem Beschwerdeführer. Die allgemeine Einweisung in die Arbeit erfolgte sowohl durch den Beschwerdeführer als auch durch J K. Die konkrete zeitliche Arbeitseinteilung besprach C D mit J K, die jeweils in der Früh das Lokal aufsperrte und meist anwesend war, während der Beschwerdeführer nicht immer vor Ort war. Da C D in ihrem Hauptberuf ebenfalls als Kellnerin tätig war, erübrigte es sich, ihr diesbezüglich konkrete Anweisungen zu geben. J K informierte C D über die unterschiedlichen Preise, je nachdem ob an Vereinsmitglieder oder an Nichtmitglieder ausgeschenkt wurde. Es gab keine Anweisung, dass sie Getränke ausschließlich an Vereinsmitglieder ausschenken dürfe, sondern es wurde ihr lediglich mitgeteilt, dass bei Vereinsmitgliedern anders zu bonieren sei; die Vereinsmitglieder würden bei der Bestellung bzw. vor der Bezahlung von sich aus bekanntgeben, dass sie Vereinsmitglieder seien. C D bediente also auch Gäste, die nicht als Vereinsmitglieder in der Liste eingetragen waren.

Zusammenfassend folgt daraus, dass der Beschwerdeführer in jedem Fall als Dienstgeber von C D anzusehen ist. Einerseits wurde sie auch als Kellnerin für Gäste tätig, die – selbst bei der vom Beschwerdeführer behaupteten Unterscheidung zwischen Vereinsmitgliedern und Gästen des gewerblichen Betriebs – eindeutig seiner gewerblichen Sphäre zuzurechnen sind. Andererseits ist der Beschwerdeführer auch deshalb als Dienstgeber von C D anzusehen, weil er in Hinblick auf seine Vereinbarungen mit dem Verein – wie weiter oben dargelegt – faktisch der wirtschaftliche Machthaber und alleinige wirtschaftliche Nutznießer der Ausschanktätigkeit der Vereinsmitglieder und somit auch der Beschäftigung von C D in seinem Lokal war.

Der weiter oben wiedergegebene § 33 ASVG unterscheidet zwischen der Meldung krankenversicherter Personen in Abs 1 und der Meldung bloß geringfügig Beschäftigter in § 33 Abs 2 ASVG. Mit Erkenntnis vom 24.11.2010, Zl. 2009/08/0262, hat der Verwaltungsgerichtshof klargestellt, dass auch eine Verfolgungshandlung hinsichtlich des Tatbildes nach § 33 Abs 1 ASVG eine Übertretung des § 33 Abs 2 ASVG mitumfasst. Es kann daher in solchen Fällen § 33 Abs 2 ASVG jederzeit zusätzlich zu § 33 Abs 1 ASVG als Grundlage einer Bestrafung herangezogen werden, wenn zwar eine meldepflichtige Beschäftigung im Sinne des § 4 Abs 2 Z 1 iVm Abs 2 ASVG oder im Sinne des § 4 Abs 4 ASVG feststeht, eine Bestrafung wegen Übertretung des § 33 Abs 1 ASVG allein aber mangels einer Erweislichkeit einer Vollversicherung nicht in Betracht kommt.

Gemäß § 5 Abs 1 Z 2 ASVG in der tatzeitlich geltenden Fassung sind von der Vollversicherung nach § 4 – unbeschadet einer nach § 7 oder nach § 8 eintretenden Teilversicherung – geringfügig beschäftigte Personen ausgenommen. Gemäß § 5 Abs 2 ASVG in der für die Tatzeit geltenden Fassung gilt ein Beschäftigungsverhältnis als geringfügig, wenn daraus im Kalendermonat kein höheres Entgelt als € 446,81 gebührt.

Gemäß § 7 Z 3 lit a ASVG sind von den im § 4 genannten Personen die im § 5 Abs 1 Z 2 von der Vollversicherung ausgenommenen Beschäftigten nur in der Unfallversicherung versichert.

Für ihre Tätigkeit als Kellnerin bzw. Schankhilfe mit Inkasso stand C D gemäß tatzeitlich geltender Lohnordnung für die Steiermark des Kollektivvertrages Hotel- und Gastgewerbe, Arbeiter/innen, ein Bruttostundenlohn von € 8,67 zu. Entsprechend der mündlichen Vereinbarung sollte C D zwei- bis dreimal pro Woche aushelfen, die Stundenanzahl betrug dabei jeweils zwischen vier und sechs Stunden. Es kann daher nicht mit Sicherheit festgestellt werden, dass der Anspruchslohn von C D über der Geringfügigkeitsgrenze gelegen ist, weshalb zumindest im Zweifel zugunsten des Beschwerdeführers von einer bloß geringfügigen Beschäftigung auszugehen ist. Der Spruch war daher entsprechend einzuschränken.

Obwohl das Beweisverfahren ergeben hat, dass es sich bei dem im Spruch genannten 30.04.2019 (Kontrolltag) nicht um ihren ersten Arbeitstag gehandelt hat, konnte diesbezüglich keine Spruchkorrektur erfolgen, weil es sich dabei um eine unzulässige Abänderung der Tatzeit handeln würde.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer als Dienstgeber von C D verpflichtet gewesen wäre, diese vor ihrem Arbeitsantritt gemäß § 33 Abs 1 iVm Abs 2 ASVG als geringfügig Beschäftigte bei der Steiermärkischen Gebietskrankenkasse (nunmehr Österreichische Gesundheitskasse) anzumelden.

Hinsichtlich des Verschuldens i

Quelle: Landesverwaltungsgericht Steiermark LVwg Steiermark, <http://www.lvwg-stmk.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at